

Herausgegeben von Rechtsanwalt Dr. Bernd Klasmeyer, Köln, und Rechtsanwalt Dr. Bruno M. Kübler, Köln

in Verbindung mit Prof. Dr. Claus-Wilhelm Canaris, München · Richter am BSG Dr. Alexander Gagel, Kassel · Prof. Dr. Walter Gerhardt, Bonn · Prof. Dr. Hans Hanisch, Genf · Prof. Dr. Wolfram Henckel, Göttingen · Rechtsanwalt Dr. Joachim Kilger, Hamburg · Prof. Dr. Brigitte Knobbe-Keuk, Bonn · Prof. Dr. Marcus Lutter, Bonn · Vors. Richter am BGH Franz Merz, Karlsruhe · Wirtschaftsprüfer und Steuerberater Dipl.-Kfm. Rudolf J. Niehus, Düsseldorf · Richter am BAG Günter Schaub, Kassel · Prof. Dr. Karsten Schmidt, Hamburg · Prof. Dr. Rolf Serick, Heidelberg · Vizepräsident des BGH a. D. Dr. h. c. Walter Stimpel, Karlsruhe · Prof. Dr. Peter Ulmer, Heidelberg · Richter am BFH Dr. Eberhard Weiß, München.

Aufsätze

Professor Dr. Ingo Koller, Regensburg

Die Wirksamkeit formularmäßiger Haftungsfreizeichnungsklauseln zwischen Schadens- ausgleich und Schadensprävention

Die Rechtsprechung ist in steigendem Maße bereit, formularmäßige Haftungsbeschränkungen als unangemessen zu qualifizieren (§ 9 AGBG). Allerdings entsteht häufig der Eindruck konturenloser Billigkeitsentscheidungen. Es ist daher notwendig, die maßgeblichen Wertungen auf mittlerem Konkretisierungsniveau herauszuarbeiten und sich ihrer Tragweite genauer zu versichern. Da es derzeit als unmöglich erscheint, diese konkurrierenden Wertungen konsensfähig zu gewichten und in eine Rangordnung zu bringen, sind sie als Elemente eines beweglichen Systems im Sinne Wilburgs zu behandeln.

I. Problem

In § 11 Nr. 7 AGBG hat das AGBG im Verkehr mit Privaten die Haftungsfreizeichnung für grob fahrlässiges Verhalten des AGB-Verwenders und seiner Erfüllungsgehilfen für unwirksam erklärt. Anerkanntermaßen darf aus § 11 Nr. 7 AGBG weder der Umkehrschluß gezogen werden, daß im kaufmännischen Verkehr jeder Form der Haftungsfreizeichnung zulässig ist, noch der Schluß, daß im Verkehr mit Privaten die Haftung für einfache Fahrlässigkeit ungehindert beschränkt werden darf.¹⁾ Vielmehr sind alle Haftungsfreizeichnungsklauseln, die die Schranke des § 11 Nr. 7 AGBG passieren, anhand des § 9 AGBG, im kaufmännischen Verkehr unter Berücksichtigung der im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche, zu kontrollieren. Seit Inkrafttreten des AGBG hat die Rechtsprechung vielfach Gelegenheit gehabt, die Zulässigkeit von Haftungsfreizeichnungsklauseln anhand des § 9 AGBG zu beurteilen. Auch in der Literatur hat man sich häufig mit der Frage der Wirksamkeit von Haftungsausschluß- sowie Haftungsbegrenzungsklauseln befaßt. Weder der Rechtsprechung noch der Literatur ist es aber

bislang gelungen, zu konsentierten Maßstäben zu gelangen, weil mit Leerformeln wie „Kardinalpflicht“²⁾ oder „besonderem Vertrauen“³⁾ gearbeitet wird oder ohne Bildung von Prinzipien mittlerer Reichweite sogleich nach unerkennbaren Maßstäben die für und gegen einen Haftungsausschluß sprechenden topoi abgewogen werden. Nun ist es sicherlich gerade im Rahmen einer generalklauselartig gefaßten Norm wie des § 9 AGBG unmöglich, sich von den eigenen Vorstellungen über eine gerechte und den Interessen der Allgemeinheit Rechnung tragende Konfliktlösung zu trennen. Dies gilt auch für die Entscheidung der Frage, unter welchen Voraussetzungen Haftungsausschlüsse und -begrenzungen unangemessen sind. Weil im Rahmen der Konkretisierung des § 9 AGBG gesetzlich nicht eindeutig vorgegebene Wertungen und Alltagstheorien über die Konsequenzen der einen oder anderen Entscheidungsvariante eine so große Rolle spielen, ist es von besonderer Wichtigkeit, daß die tragenden Wertungen und leitenden Erfahrungen kritisch überprüft werden. Solange Wertungen und Erfahrungen hinter Leerformeln wie „Kardinalpflicht“ und „besonderem Interesse“ versteckt werden, ist es nämlich kaum möglich, Fehlvorstellungen über wirtschaftliche Abläufe und Zusammenhänge zu beseitigen, die inneren Zusammenhänge und Konflikte zwischen lei-

1) Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 4. Aufl., § 11 Nr. 7 Rz. 23, 33; Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 1984, § 11 Nr. 7 Rz. 27 ff, 42 ff m. N.

2) Kritisch Kötz, Haftungsausschlußklauseln, VersR 1983, Beilage 25 Jahre Karlsruher Forum III, S. 145, 146; vgl. auch Staudinger/Schlosser, BGB, 12. Aufl., § 9 AGBG Rz. 15, § 11 Nr. 7 AGBG Rz. 36.

3) Dazu Wolf, NJW 1980, 2433, 2435; Graf v. Westphalen, BB 1983, 974, 977; Staudinger/Schlosser (Fußn. 2), § 11 Nr. 7 AGBG Rz. 37; kritisch Ulmer/Brandner/Hensen (Fußn. 1), § 9 Rz. 111.

tenden topoi aufzuzeigen und so sachgerechtere Lösungen, zumindest aber in sich widerspruchsfreie Lösungen, zu entwickeln.

Im folgenden soll daher nicht in erster Linie versucht werden, die Rechtsprechung und Literatur zu analysieren. Vielmehr ist es Ziel dieser Untersuchung, einige zentrale für und gegen Haftungsausschlüsse und -begrenzungen sprechende Gesichtspunkte zu sichten und zu gewichten. Erst in zweiter Linie soll der Frage nachgegangen werden, wie sich Rechtsprechung und Literatur in diesen Referenzrahmen einordnen lassen und in welcher Richtung eine sachgerechte Lösung zu suchen ist.

II. Die Funktion der Haftung und der Haftungsbegrenzung

1. Die Ausgleichsfunktion

Wenn von der Funktion der Schadensersatzhaftung gesprochen wird, so wird in erster Linie auf die Ausgleichsfunktion der Haftung hingewiesen.⁴⁾ Die Schadensersatzverpflichtung soll den distributiven Effekt der Schädigung zugunsten des Geschädigten rückgängig machen. Im Hinblick auf Freizeichnungsklauseln sind zwei weitere Gesichtspunkte von wesentlicher Bedeutung. Zum einen wird in der Regel ohnehin nur der Ausgleich des Vermögensschadens geschuldet. Das hat zur Folge, daß der Geschädigte die Beeinträchtigung immaterieller Interessen einschließlich der Mühe der Schadensabwicklung hinnehmen muß. Der Schadensausgleich ist als notwendig unvollkommen. Zum anderen ist zu berücksichtigen, daß der Schadensersatz die Vermögensverteilung vor Eintritt der Schädigung dadurch stört, daß zwar der Schaden des Geschädigten ausgeglichen wird, daß jedoch der Schädiger ärmer gemacht wird. Das Rechtsgefühl läßt dies nicht unbeachtet, wie die umfangreiche Diskussion um eine Reduktionsklausel zeigt.⁵⁾ Hierfür dürften vor allem zwei Faktoren eine Rolle spielen:

Erstens legt der Umstand, daß man eher bereit ist, die Schadensersatzverpflichtung zu ermäßigen, wenn der Schädiger arm und das Opfer reich ist, es nahe, daß der gerechte Ausgleich nicht in Kategorien des am Markt objektiv ermittelten Verlustes, sondern in den Kategorien des subjektiven Nutzens gesucht wird. Geht man vom subjektiven Nutzen aus, so gilt – in wirtschaftswissenschaftlicher Terminologie – der Erfahrungssatz vom abnehmenden Grenznutzen⁶⁾; d. h., jedes zusätzliche Gut einer bestimmten Sorte stiftet geringeren Nutzen als das vorhergehende Gut. Auf diesen Erfahrungssatz stützt man sich, wenn man argumentiert, ein Verlust treffe den „Reichen“, dem ja noch viel bleibe, nicht so stark wie denjenigen, der sich mit weniger begnügen müsse. Dabei muß der „Reiche“ gar nicht in dem Sinne reich sein, daß er über ein großes Vermögen verfügt. Die Anknüpfung an einen subjektiv verstandenen Schadensausgleich rechtfertigt schon dann eine Haftungsentlastung, wenn die Geschädigten nur relativ kleine Verluste erleiden, die Verluste sich aber so summieren können, daß der Schädiger leicht in Existenzschwierigkeiten gerät.⁷⁾

Zweitens scheint der Mensch eher bereit zu sein, einen Verlust hinzunehmen und darauf zu verzichten, etwas hinzuzuerwerben, als etwas aufzugeben.⁸⁾ Dieser in der juristischen Diskussion als „Vorrang der Beharrungs- vor den Veränderungsinter-

sen“ bekannte topos⁹⁾ unterstützt Bestrebungen, mit Hilfe von Freizeichnungsklauseln den Schaden dort liegen zu lassen, wo er entstanden ist, zumal auf diese Weise der für die Schadensüberwälzung notwendige Aufwand vermieden werden kann.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, daß das im dispositiven Recht verankerte Prinzip des vollen Ausgleichs von Vermögensschäden durch den Gedanken geschwächt wird, daß der Ausgleich unter Berücksichtigung der subjektiven Bedürfnisse von Geschädigten und Schädiger zu erfolgen hat und daß starke Beharrungsinteressen einen Verzicht auf Schadensausgleich nahelegen.

2. Haftung als Strafe

Es ist heute allgemein anerkannt, daß die Schadensersatzverpflichtung im deutschen Recht kein Instrument der Strafe ist.¹⁰⁾ Gleichwohl ist der Strafgedanke aus dem Schadensersatzrecht nicht gänzlich verbannt. Er tritt z. B. dort in Erscheinung, wo gegen eine Freizeichnung für grob fahrlässiges Verhalten schwerwiegende moralische Bedenken vorgebracht werden.¹¹⁾

3. Die Präventionsfunktion der Haftung

3.1 Schadensverhütung

Personen, die zweckrational handeln, d. h. die, bevor sie aktiv werden, sich Nutzen und Kosten verschiedener Handlungsalternativen überlegen, werden entgegen einer weit verbreiteten Ansicht durch eine Haftung durchaus in ihrem Verhalten beeinflusst.¹²⁾ Auch wenn z. B. Kaufleute nicht ihren Gewinn maximieren wollen, so werden sie doch darauf achten, Verlustquellen zu stopfen, d. h., sie werden sich so verhalten, daß sie Schadensersatzverpflichtungen vermeiden, sofern sie die Entstehung des Schadens mit effizientem Aufwand verhüten können. Unter dem Aspekt der Verschuldenshaftung weiß der Schädiger, daß der Geschädigte den Schaden zu tragen hat, wenn er sich sorgfältig verhalten hatte. Der zweckrational handelnde potentielle Schädiger wird daher solange Schäden zu verhüten suchen, wie er damit rechnet, daß die mit den Sorgfaltsvorkehrungen ver-

4) Larenz, Schuldrecht I, 13. Aufl., S. 394; Esser/Schmidt, Schuldrecht I, 6. Aufl., S. 464.

5) Hobloch, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts I, 1981, S. 459 ff. m. N.; Lange, Schadenersatz, Handbuch des Schuldrechts I, 1979, S. 12 ff. m. N.; vgl. auch Ulmer/Brandner/Hensen (Fußn. 1), § 11 Nr. 7 Rz. 35; Staudinger/Schlosser (Fußn. 2), § 9 AGBG Rz. 25.

6) Mag. in: Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaften (HdWW) VI, 1980, S. 481 f., 484.

7) BGH NJW 1963, 1148; Schlechtriem, BB 1984, 1177, 1185.

8) Vgl. Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, S. 171.

9) Koller, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, 1979, S. 207, 255, 421.

10) Larenz (Fußn. 4), S. 392; Esser/Schmidt (Fußn. 4), S. 460 ff.

11) Vgl. Schlechtriem, BB 1984, 1177, 1184; vgl. auch Esser/Schmidt (Fußn. 4), S. 461 f.

12) BGH BB 1983, 1175, 1177; Esser/Schmidt (Fußn. 4), S. 467; Deutsch, Haftungsrecht I, 1976, S. 71, 73; Lange (Fußn. 5), S. 6 f.; Schiemann, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, 1981, S. 190 ff.; Ulmer/Brandner/Hensen (Fußn. 1), § 9 Rz. 111; Kötz (Fußn. 2), S. 145, 147; Kötz/Basedow, Transport- und Speditionsrecht (TranspR) 1985, 316, 320; v. Hippel, in: Fleming/Hellner/v. Hippel, Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, 1980, S. 40, 66 f. – jeweils m. w. N.; zu eng Larenz (Fußn. 4), S. 393.

bundenen Kosten und/oder der durch die Sorgfaltsvorkehrungen entgehende Nutzen kleiner sind als das Risiko¹³⁾ einer Schadensersatzpflicht¹⁴⁾.

Diese Regel gilt nicht nur für die Verschuldenshaftung. Auch derjenige, der verschuldensunabhängig haftet, wird in gleicher Weise zweckrational versuchen, die Entstehung von Schäden zu unterbinden.¹⁵⁾ Der ohne Verschulden haftende Schädiger weiß, daß er unabhängig von der Qualität seiner Vorsichtsmaßnahmen für jeden Schaden haften muß. Um möglichst wenig Schadensersatz zahlen zu müssen, wird ein zweckrational handelnder Schädiger versuchen, es erst gar nicht zu Schäden kommen zu lassen. Natürlich wird er nicht alle Gefahren abzuwehren versuchen; das wäre viel zu teuer. Er wird aber versuchen, Schäden dort zu verhüten, wo die dazu erforderlichen Kosten niedriger sind als die um die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts diskontierten Schadensersatzpflichten. Es kann daher festgehalten werden, daß die Haftung, gleichgültig, ob sie als Verschuldenshaftung oder als Kausalhaftung ausgeformt ist, den potentiellen Schädiger durchaus motiviert, effiziente Schadensverhütungsmaßnahmen zu treffen.

3.2 Einwände

Gegen diese These werden, häufig unausgesprochen, eine Reihe von Einwänden vorgebracht.

3.2.1 Gelegentliche Sorgfaltsverstöße

Zum Teil wird die Präventionsfunktion der Haftung mit dem Argument geleugnet, daß jedem potentiellen Schädiger, auch wenn er sich bemühe, sorgfältig zu handeln, ab und zu ein Sorgfaltsverstoß unterlaufe.¹⁶⁾ Diese Beobachtung ist völlig richtig, ohne daß sie die These, die Haftung wirke präventiv, in Frage zu stellen vermag. Man muß sich nämlich nur vor Augen halten, daß es durchaus denkbar ist, auch die gelegentlichen, üblicherweise nicht zu vermeidenden Sorgfaltsverstöße auszuschalten. Allerdings wäre dies nur mit unzumutbaren Kosten, seien es Kosten für Warnvorrichtungen, seien es Kosten an Personal oder Kosten infolge der Verlangsamung der Arbeit, verbunden.¹⁷⁾ Die Rechtsordnung verzichtet daher zu Recht darauf, die Sorgfaltsstandards so hoch zu schrauben, daß auch gelegentliche Sorgfaltsverstöße ausgeschlossen werden. Vielmehr verlangt sie vom potentiellen Schädiger lediglich diejenigen Schadensverhütungsmaßnahmen, die genügen, um den weitaus größten Teil aller drohenden Schäden zu verhindern. Der potentielle Schädiger, der sich wie jeder Mensch nicht immer mit gleicher Intensität auf eine Gefahr konzentrieren kann, braucht also nicht auch für den Fall Vorsorge zu treffen, daß seine Konzentration einmal für eine Sekunde nachläßt. An und für sich müßte man daraus die Konsequenz ziehen, daß ein Fehler, der gelegentlich selbst einer ständig um Sorgfalt bemühten Person unterlaufen kann, nicht als Sorgfaltsverstoß zu qualifizieren ist.¹⁸⁾ Das BGB hat aus einleuchtenden Gründen diese Konsequenz nicht gezogen und sich für einen typisierenden Maßstab entschieden. Es kann nämlich nach Eintritt des Schadens nicht festgestellt werden, ob der Schaden dadurch entstanden ist, daß der Schädiger fortlaufend nachlässig gehandelt hat, oder dadurch, daß ihm eine kleine Unaufmerksamkeit unterlaufen ist, die niemand, der nicht übersorgfältig handelt, vermeiden kann.

Vor diesem Hintergrund ist der These zuzustimmen, daß eine an einem typisierenden Verschuldensmaßstab orientierte Haftung den Schädiger nicht dazu motivieren kann, jedem Sorgfaltsverstoß i. S. d. § 276 BGB aus dem Weg zu gehen; der Schädiger wird hier in Hinblick auf die mit zumutbarem Aufwand nicht zu vermeidenden Sorgfaltsverstöße die Schadensersatzpflicht als Kosten seiner Tätigkeit hinnehmen oder abzuwälzen versuchen. Dies wird den potentiellen Schädiger jedoch nicht hindern, im übrigen die verkehrserforderlichen Sorgfaltsmaßnahmen zu treffen, solange der Aufwand dieser Schadensverhütungsmaßnahmen geringer ist als das Risiko eines Schadens.¹⁹⁾ Insoweit wirkt mithin die Haftung durchaus präventiv.

3.2.2 Irrationales Handeln?

Eher kann man gegen die Präventionsfunktion der Haftung ins Feld führen, daß Menschen in aller Regel irrational handeln.²⁰⁾ Auch hier muß man differenzieren, ob der von der Haftungsanktion ausgehende Anreiz, Haftung zu vermeiden, erst gar nicht zur Motivationsebene vordringt oder ob der Anreiz negiert wird, weil irrationale Werte höher geschätzt werden.

So handelt eine Person durchaus zweckrational, die bewußt typische Sorgfaltsvorkehrungen außer acht läßt, weil sie sich davon einen nicht-pekuniären Nutzen verspricht, z. B. riskantes Autofahren genießen will. Für diese Person ist der subjektive Nutzen, der aus riskantem Fahren gezogen wird, höher als das Risiko eines Geldverlustes infolge einer Schadensersatzpflicht. Sie wählt daher zweckrational den höheren Nutzen, d. h. riskantes Fahren.

Die Präventionswirkung der Haftung wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, daß manchen Personen die Standards der verkehrserforderlichen Sorgfalt unbekannt sind oder daß Risiken unterschätzt werden. Sicherlich ist die Risikoeinschätzung ein Vorgang, der anerkanntermaßen wesentlich durch die Persönlichkeitsstruktur desjenigen geprägt wird, der die Bewertung vornimmt. Eine Haftung wird daher bei Personen, die sehr risikofreudig sind, also habituell Risiken unterbewerten²¹⁾, natürlich nur verminderte Präventionswirkungen entfalten; gänzlich entfallen wird die Präventionswirkung jedoch nie. Gleiches gilt für das Wissen um die verkehrserforderlichen Standards. Wenn

13) Da nicht jeder Sorgfaltsverstoß einen Schaden verursacht, wird der zweckrational vorgehende potentielle Schädiger das Risiko der Schadensersatzpflicht im Licht der konkreten Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts gewichten. Ein rational handelnder potentieller Schädiger wird seine Vorsichtsmaßnahmen entsprechend der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts und der Höhe des drohenden Schadens dosieren.

14) Posner, *Economic Analysis of Law*, 2. Aufl., S. 122; Adams, *Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung*, 1985, S. 52 ff; Kötz (Fußn. 2), S. 145, 147.

15) Adams (Fußn. 14), S. 56 ff m. N.; Koller (Fußn. 9), S. 80 ff m. N.; zu eng Larenz (Fußn. 4), S. 393.

16) BGH NJW 1973, 2107, 2108; Kötz, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts II, 1981, S. 1779, 1821; Großfeld, *VersWirt* 1974, 694, 698; v. Hippel (Fußn. 12), S. 41, 66; BGH VersR 1974, 131, 132.

17) Dies berücksichtigt Adams (Fußn. 14) zu wenig.

18) Steindorff, JZ 1959, 4.

19) Siehe bei Fußn. 15.

20) Esser/Schmidt (Fußn. 4), S. 468; Weyers, *Unfallschäden*, 1971, S. 458 ff.

21) Vgl. Neumann, in: HdWW V, S. 349; Engelkamp, *Entscheidungsverhalten unter Risikobedingungen*, 1979, S. 40 ff; Philipp, *Risiko und Risikopolitik*, 1967.

es häufig an diesem Wissen fehlt, so nicht deshalb, weil die Betroffenen irrational handeln, sondern weil der Aufwand, um ausreichend informiert zu sein, vielfach zu hoch ist. Es ist daher durchaus zweckrational gedacht, wenn man unter diesen Umständen auf Information verzichtet und im Sinne normaler Sorgfaltsstandards „unsorgfältig“²²⁾ handelt.

Die Präventionswirkung der Haftung kann daher nur mit der Behauptung in Frage gestellt werden, daß im Moment des Handelns die drohende Haftung in aller Regel gar nicht bis zur Motivationsebene vordringt. Es kann dahingestellt bleiben, ob es Gebiete gibt, in denen diese Behauptung empirisch verifizierbar ist. Jedenfalls im kaufmännischen Bereich, wo Kostenkalkulation und Buchhaltung laufend dazu zwingen, Nutzen und Kosten eines bestimmten Verhaltens zu vergleichen, scheint es evident zu sein, daß Unternehmen, denen eine Haftung droht, typischerweise versuchen, dem Haftungsrisiko soweit wie möglich auszuweichen, d. h., wenn keine Freizeichnung möglich ist, effiziente Schadensverhütungsmaßnahmen zu treffen. So hatte die Verschärfung der Produzentenhaftung nachweislich dazu geführt, daß die Sicherheitsstandards der Produktion und die Sicherheit der Produkte verbessert wurden.²³⁾ Bei Unternehmen ist auch nicht mit extremer Risikofreude zu rechnen, weil übermäßig risikofreudige Unternehmen relativ schnell aus dem Wettbewerb ausscheiden müssen.

3.2.3 Präventionsdruck bei Arbeitnehmern

Der Präventionseffekt der Haftung wird weiter mit dem Argument bezweifelt, daß die Arbeitnehmer vom Haftungsrisiko des Unternehmens nicht unmittelbar berührt werden, so daß der Steuerungseffekt der Haftung nicht zum Tragen kommen könne.²⁴⁾ Außerdem müßten die Unternehmen mit dem Personal arbeiten, das sie vorfinden. Es ist nun nicht zu bestreiten, daß der Präventionseffekt der Haftung auf Arbeitnehmer nur sehr abgeschwächt durchschlägt. Dies hängt zum einen damit zusammen, daß die Haftung der Arbeitnehmer nach den Regeln der gefahrensgeeigneten Arbeit nur gemildert oder gar nicht zum Tragen kommt. Auch dort, wo Arbeitgeber bei ihren Arbeitnehmern Regreß nehmen könnten, verzichten sie regelmäßig darauf. Hieraus kann jedoch nicht der Schluß gezogen werden, daß die Unternehmer machtlos dem mehr oder weniger schädigenden Treiben ihrer Erfüllungsgehilfen ausgesetzt wären. Zum einen hat man nämlich zu berücksichtigen, daß nicht ausschließlich Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen eingesetzt werden. Soweit selbständige Unternehmen in der Rolle des Erfüllungsgehilfen tätig werden, werden sich Unternehmen, die in Haftung genommen werden, nicht scheuen, Regreß zu nehmen. Dieses Regreßrisiko erzeugt fraglos Präventionsdruck. Soweit Arbeitnehmer als potentielle Schädiger in Betracht kommen, ist zu berücksichtigen, daß der Präventionsdruck zwar nicht immer unmittelbar der Haftung entspringt²⁵⁾, daß die schuldhaft verursachte von Schäden aber zu Kündigungen führen kann und häufig auch führt²⁶⁾. Vor allem aber liegt es in der Hand der Unternehmen, welche Qualifikationsanforderungen sie an ihr Personal stellen, wie intensiv sie es kontrollieren und mit welchem Nachdruck sie sich von unzuverlässigen Arbeitnehmern trennen. Der Ersatzpflichtige steht im Rahmen des § 278 BGB in der gleichen Situation wie bei sonstigen Formen einer verschuldensunabhängigen Haftung: Der Unternehmer weiß, daß

er ohne eigenes Verschulden haften muß, und wird daher solange versuchen, das Haftungsrisiko durch Verhütungsmaßnahmen zu minimieren, wie die Kosten der Verhütungsmaßnahmen geringer sind als der Betrag, um den das Haftungsrisiko²⁷⁾ vermindert worden ist. Der Präventionseffekt läßt sich mithin auch im Rahmen einer Haftung gem. § 278 BGB nicht bestreiten. Problematisch ist aus der Sicht der Unternehmen nur die Kalkulierbarkeit des Risikos, weil die Schadensquote nicht exakt prognostiziert werden kann.²⁸⁾

3.2.4 Wettbewerbsdruck

Ferner versucht man, den Präventionseffekt einer Haftung mit dem Hinweis für obsolet zu erklären, daß die Unternehmen noch stärker als eine Haftung eine Verschlechterung ihres guten Rufes durch ein Übermaß an Schäden fürchteten und deshalb alles daran setzten, um mit optimaler Sorgfalt zu arbeiten.²⁹⁾ In der Tat bräuchte es nicht der Haftung als Instrument der Schadensverhütung, wenn volle Markttransparenz bestünde, wenn also alle Kunden wüßten, wie risikoreich ihr Vertragspartner in Relation zu anderen Anbietern arbeitet. Der Wettbewerbsdruck würde dann eine optimale Schadensverhütung erzwingen. In der Realität existiert diese Markttransparenz jedoch nicht oder nur in sehr eingeschränktem Umfang. Da – wie ausgeführt – auch optimal sorgfältigen Personen Fehler unterlaufen können, kann aus vereinzelt Fehlern kein Schluß auf eine überdurchschnittliche Schadenshäufigkeit gezogen werden. Dies gilt selbst dann, wenn sich bei einem Kunden die Fehler häufen. Langjährige Kunden mögen zwar die Schadensträchtigkeit eines bestimmten Anbieters, nicht aber die seiner Konkurrenten einschätzen können, so daß sie es vorziehen, bei dem ihnen bekannten Partner zu bleiben, um nicht „vom Regen in die Traufe“ zu kommen. Die Haftung vermag somit die Anreize zur Schadensverhütung durchaus zu steigern. Dort, wo diese Anreize fehlen, kommt der sog. Akerlof-Effekt³⁰⁾ zum Tragen: Die Konkurrenten werden im Wettbewerb das Schadensverhütungsniveau auf das Niveau des unsorgfältigsten und daher billigsten Unternehmens absenken, weil sie ihre Kosten minimieren müssen, um im Preiswettbewerb mithalten zu können. Um diesen Effekt zu verhindern, fordert man z. B. im Luftverkehr, die Preise hochzuhalten, damit die Sicherungsvorkehrungen nicht vernachlässigt werden.

22) Die Rechtsordnung trägt den Informationskosten dadurch Rechnung, daß sie die Sorgfalt gruppenbezogen abstuft (*Esser/Schmidt* (Fußn. 4), S. 381 ff; MünchKomm-Hanau, BGB, 2. Aufl., § 276 Rz. 82 ff m. w. N.).

23) *Fleming/Hellner/v. Hippel* (Fußn. 12), S. 66 f.

24) *Helm*, BB 1977, 1109, 1111; *Oeynhausen*, TranspR 1984, 57, 64; *Ulmer/Brandner/Hensen* (Fußn. 1), § 9 Rz. 113; BGH VersR 1974, 131, 132.

25) Es sind die Grundsätze der schadensgeeigneten Arbeit zu beachten.

26) Vgl. auch *Koller*, VersR 1980, 1, 4.

27) Es geht hier um das im Licht der Schadenswahrscheinlichkeit gewichtete Schadensausmaß.

28) Die Kalkulierbarkeit des Risikos erlangt unter dem Aspekt der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung (bei Fußn. 73) und unter dem Aspekt eines Schadensausgleichs, der auf die Vermögensverhältnisse des Schädigers Rücksicht nimmt (Fußn. 5) Bedeutung.

29) Vgl. *Isaac*, Das Recht des Spediteurs, 1928, S. 425 f.

30) *Akerlof*, The Quarterly Journal of Economics 84 (1970), 488.

3.2.5 Gesamtwirtschaftliche Sicht

Schließlich kann man den Präventionseffekt auch mit dem Argument in Frage stellen, daß die gesamtwirtschaftlichen Kosten der Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs vielfach höher seien als die Gewinne, die durch eine auf die Haftungssanktion zurückzuführende Minderung der Schadensquote erzielt werden. Dieses Argument ist besonders dort häufig zu hören, wo es um den Regreß unter Versicherten geht.³¹⁾ Es gilt aber auch für den Regreß des Geschädigten gegen den Schädiger.

Es ist nun sicherlich richtig, daß eine Schadensverhütung durch die Statuierung von Schadensersatzpflichten gesamtwirtschaftlich verschwenderisch wäre, wenn diejenigen Schäden, die durch den Präventionseffekt der Haftung vermieden werden, sowohl nach ihrem materiellen als auch immateriellen Wert weniger wiegen als die Kosten, die für die Schadensabwicklung nötig sind. Es gibt – soweit ersichtlich – keine Untersuchungen über das Verhältnis von Regreßkosten und Präventionsgewinnen. Es können daher an dieser Stelle nur grobe Tendenzaussagen in dem Sinn gemacht werden, daß dort, wo der Präventionseffekt klein ist, die Regreßkosten den aus der Schadensverhütung resultierenden Gewinn übersteigen werden. Für relativ geringe Präventionsgewinne spricht, daß die drohenden Schäden klein sind³²⁾, ferner, daß die Markttransparenz so groß ist, daß die potentiellen Schädiger das Abwandern der Kunden mehr befürchten als die Schadensersatzzahlung. Mit relativ geringen Präventionsgewinnen ist auch dort zu rechnen, wo normale Arbeitnehmer des Schädigers lediglich der Vorwurf einfacher Fahrlässigkeit trifft und kein Anhaltspunkt für Organisationsfehler sichtbar ist. Andererseits sind die Regreßkosten besonders hoch, falls die Haftung des Schädigers besonders problematisch ist. Dies wird kaum jemals im Falle einer Kausalhaftung des Schädigers und auch nicht im Fall grob fahrlässigen Verhaltens des Schädigers und seiner Erfüllungsgehilfen, häufiger aber in den Fällen anzunehmen sein, in denen dem Schädiger nur einfache Fahrlässigkeit vorgehalten werden kann. Man kann deshalb mit guten Gründen behaupten, daß in Bereichen, in denen nur relativ kleine Vermögensschäden zu besorgen sind, die Kunden des potentiellen Schädigers weniger zur Kategorie der „Gelegenheitskunden“ als zur Gruppe der Dauerkunden gehören und ein guter Überblick über die Schadensneigung des potentiellen Schädigers besteht, die Kosten einer Haftung für leicht fahrlässiges Verhalten von Erfüllungsgehilfen höher sind als die mit Hilfe einer Haftungssanktion verhütbaren Schäden. In derartigen Situationen ist es jedenfalls unter dem Aspekt der Prävention nicht angebracht, eine Freizeichnungsklausel zu verbieten. Dies gilt – wie noch zu zeigen ist – auch dort, wo der Schädiger haftpflichtversichert ist und die Sachversicherung des Geschädigten Regreß nimmt.

3.3 Unkalkulierbarkeit des Haftungsrisikos

Die Präventionswirkung der Haftung stößt ferner an ihre Grenze, wo der Schädiger das Haftungsrisiko nicht mehr ausreichend zu kalkulieren vermag, sei es, weil die Wahrscheinlichkeit eines Schadens nicht beurteilt werden kann, sei es, weil der Schadensumfang, der von Umständen in der Sphäre des Geschädigten abhängig ist, nur unzulänglich prognostizierbar ist.³³⁾ Indessen beseitigen diese Faktoren nicht die Präventionswirkung der Haf-

tung, sondern schwächen sie nur ab; denn der Verschuldensmaßstab wird sich dort, wo das wahre Risiko nicht ex ante erkennbar ist, an den typischen Risiken orientieren.³⁴⁾ Dadurch mögen besonders wertvolle Güter objektiv unzureichend geschützt sein; gänzlich ungeschützt sind sie nicht.

Damit soll nicht geleugnet werden, daß die Unkalkulierbarkeit von Haftungsrisiken den Schädiger durchaus belastet.³⁵⁾ Jede, auch eine auf normale Standards gesenkte, Verschuldenshaftung enthält verschuldensunabhängige Elemente.³⁶⁾ Da kein Schädiger sicher sein kann, daß normale Schadensverhütungsanstrengungen immer zur Schadensverhütung führen, muß ihm daran gelegen sein, daß etwaige Schäden der Höhe und Häufigkeit nach kalkulierbar sind. Nur wenn diese Kalkulierbarkeit und damit die notwendigen Rückstellungen gesichert sind, braucht man nicht zu befürchten, daß potentielle Schädiger übermäßig risikoscheu agieren.³⁷⁾ Die Gefahr einer Belastung mit unübersehbaren Schäden kann mithin den Präventionseffekt der Haftung sogar verstärken, freilich in einem Maße, daß erhebliche gesamtwirtschaftliche Kosten ausgelöst werden, weil für die Allgemeinheit nutzbringende Tätigkeiten unterlassen oder zu wenig ausgeübt werden. Vergleichbaren Erwägungen dürfte die Rechtsprechung Rechnung tragen, wenn sie die Freizeichnung von vertragsuntypischen und kaum vorhersehbaren Schäden zuläßt³⁸⁾ und die Haftungsausschlussklauseln bei überschaubaren Haftungsrisiken verwirft³⁹⁾. An dieser Stelle soll jedoch schon betont werden, daß die Unüberschaubarkeit des Risikos nicht zum Verzicht auf jede Haftung führen muß. Macht man das Haftungsrisiko kalkulierbar, indem man unzulänglich kalkulierbare Risiken ausklammert, so wird sich in Hinblick auf das kalkulierbare Restrisiko der volle Präventionseffekt einstellen, ohne daß wünschenswerte Aktivitäten eingedämmt werden.

4. Versicherbarkeit

4.1 Die Funktion der Versicherung

Schäden werden nicht nur deshalb gefürchtet, weil sie zu Verlusten auf Seiten des Geschädigten und/oder des Schadensersatz-

31) Kötz (Fußn. 2), S. 145, 151; v. Hippel (Fußn. 12).

32) Das ist z. B. typischerweise nicht der Fall, wenn Leben und Gesundheit gefährdet sind. Daher wird zu Recht die Ansicht vertreten, daß bei drohenden Gesundheitsschäden im Zweifel eine Freizeichnung für einfache Fahrlässigkeit unzulässig ist (Wolf, NJW 1980, 2433, 2440; Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, AGBG III, 2. Aufl., S. 6.2 Rz. 33; Ulmer/Brandner/Hensen (Fußn. 1), § 11 Nr. 7 Rz. 25).

33) Die Wirksamkeit einer Freizeichnung für unvorhersehbare Schäden wird ganz allgemein bejaht (Ulmer/Brandner/Hensen (Fußn. 1), § 11 Nr. 7 Rz. 26, 34, § 9 Rz. 112; Wolf/Horn/Lindacher (Fußn. 1), § 11 Nr. 7 Rz. 29, 50; Staudinger/Schlosser (Fußn. 2), § 11 Nr. 7 AGBG Rz. 52; Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner (Fußn. 32), S. 6.2 Rz. 42; MünchKomm-Kötz (Fußn. 22), § 11 Nr. 7 AGBG Rz. 70 – jeweils m. N.).

34) Zur Relevanz der Erkennbarkeit der Gefahr MünchKomm-Hanau (Fußn. 22), § 276 Rz. 100 ff m. N. Außerdem ist § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB zu berücksichtigen; dazu zutreffend MünchKomm-Grünsky (Fußn. 22), § 254 Rz. 39 ff.

35) BGH NJW 1963, 1148.

36) Siehe bei Fußn. 16. Vgl. ferner Larenz (Fußn. 4), S. 264; Soergel/Reimer-Schmidt, BGB, 11. Aufl., § 276 Rz. 17.

37) Vgl. Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB, 1899, S. 1074; Protokolle II, S. 569, 585; ferner Kötz, AcP 170 (1970), 2.

38) Vgl. z. B. BGH ZIP 1984, 971, 976 – BB 1984, 939, 940.

39) Vgl. z. B. BGH BB 1983, 1175, 1177.

pflichtigen führen. Schäden werden aus der Sicht des Geschädigten ebenso wie aus der Sicht des Schädigers, der schadensersatzpflichtig werden könnte, vor allem auch deshalb als Nachteil empfunden, weil keine Partei in dem Moment, in dem sie in die Vertragsbeziehungen eintritt, weiß, wie oft Schäden auftreten und welchen Umfang die Schäden im Einzelfall annehmen werden. Diese Ungewißheit erzeugt Existenzunsicherheit; jedenfalls erschwert sie die Planung der Wirtschaftsprozesse⁴⁰⁾, da längerfristige Planungen unter den Vorbehalt gestellt werden müssen, daß Schäden ausbleiben. Die Versicherbarkeit des Schadensrisikos ermöglicht es, die ungewissen Verluste in sichere, leicht einplanbare Versicherungsprämien umzuwandeln.⁴¹⁾ Je risikoscheuer ein potentieller Schädiger bzw. Geschädigter ist, desto eher wird er bereit sein, das Schadensrisiko mit Hilfe einer Versicherung auszuschalten, auch wenn er mit seiner Versicherungsprämie nicht nur das Schadenspotential, sondern auch die Unkosten und den Gewinn der Versicherung abdecken muß.⁴²⁾ Es geht also nicht darum, daß Versicherbarkeit „verpflichtet“⁴³⁾, sondern ausschließlich darum, daß die Versicherbarkeit die Einwände der Unkalkulierbarkeit der Risiken und der Existenzbedrohung aus der Welt schafft.

4.2 Die Konkurrenz von Haftpflicht- und Sach- bzw. Personenschadensversicherung

Damit ist jedoch nicht gesagt, daß jede Versicherungsmöglichkeit des Geschädigten eine Freizeichnung des Schädigers vom Haftungsrisiko legitimiert. Zwar ist durch den Versicherungsschutz des Geschädigten sichergestellt, daß er keinen oder nur einen geringfügigen Verlust erleidet. Es ist auch nicht so, daß der Geschädigte mit einer Prämie belastet wird und der potentielle Schädiger hieraus Gewinn zieht; denn das einem konkreten Austausch immanente Schadensrisiko ist ein Kostenfaktor. Dieser Kostenfaktor führt auf Wettbewerbsmärkten zur Erhöhung der Preise, wenn man das Schadensrisiko beim Schädiger ansiedelt⁴⁴⁾, und führt zu einer Senkung der Preise, wenn man den Geschädigten mit dem Risiko und dessen Versicherung belastet. Der Geschädigte kann daher nicht behaupten, daß er in Höhe seiner Versicherungsprämie notwendig eine zusätzliche Aufwendung machen muß, da die Prämie ja im Rahmen der sonstigen Austauschbedingungen berücksichtigt wird.⁴⁵⁾ Hieraus folgt jedoch nicht, daß es für die Wirksamkeit einer Freizeichnungsklausel genügt, daß sich der Geschädigte versichern kann.⁴⁶⁾ Bevor endgültig die Bedeutung der Versicherbarkeit für die Angemessenheit von Freizeichnungsklauseln beurteilt werden kann, ist es vielmehr notwendig zu prüfen, welche der Parteien den Versicherungsschutz besser organisieren, dosieren kann, welchen Schutz die vorhandenen Versicherungen bieten, wie hoch die Deckung der alternativen Versicherungsmöglichkeiten ist und wie sich die Versicherung auf die Schadensprävention auswirkt, welche Bedeutung die Solvenz des Schädigers besitzt und welche Rolle Versicherungsregresse spielen.

4.2.1 Kosten des Versicherungsabschlusses

Ist der Geschädigte normalerweise versichert, so führt eine Haftung des Schädigers und die übliche Abdeckung der Haftung durch Haftpflichtversicherungen dazu, daß das gleiche Risiko doppelt versichert wird und doppelt Versicherungsabschluß

und -organisationskosten entstehen.⁴⁷⁾ Dies spricht dafür, Haftungsfreizeichnungen in weitem Umfang zuzulassen. Fehlt eine ständige Versicherung einer Partei, so ist zu berücksichtigen, daß Risiken, die auf einer Seite in typischer Ausgestaltung fortlaufend entstehen, von dieser Seite besser unter Versicherungsschutz gebracht werden können, weil diese Risiken im Rahmen einer Police versicherbar sind.⁴⁸⁾

4.2.2 Dosierung des Versicherungsschutzes

Jeder Versicherungsschutz, der das konkrete Risiko nicht exakt erfaßt, ist wirtschaftlich unzulänglich. Er ist zu teuer, wenn der Schaden immer unter dem versicherten Risiko bleiben wird, und er führt zur Unterversicherung, falls der Schaden die Versicherungssumme übersteigt. Unter dem Aspekt einer richtigen Prämienbelastung sollte daher derjenige mit einer hohen Prämie belastet werden, der einen hohen Wert versichern läßt⁴⁹⁾ und/oder den potentiellen Schädiger mit besonders schadensgeneigten Gütern konfrontiert. Hieraus folgt, daß unter diesem Aspekt vieles für eine Versicherung durch den Geschädigten spricht, da der Geschädigte besser wissen wird, mit welchen Schäden er zu rechnen hat. Allerdings wird dieser für Versicherung durch den Geschädigten sprechende Informationsvorsprung eliminiert, wenn der Geschädigte dem Schädiger im Rahmen der Vertragsverhandlungen Wertangaben⁵⁰⁾ gemacht hat oder wenn man die Schadensersatzleistung auf vorhersehbare oder gar typische Schäden beschränkt.

4.2.3 Sicherung der Solvenz

Hat der Geschädigte die Versicherung gezeichnet, so braucht er sich um die Solvenz des Schädigers nicht zu kümmern.⁵¹⁾ Dies ist vor allem in Fällen von Großschäden von Bedeutung. Aller-

40) Philipp, Risiko und Risikopolitik, 1967, S. 1 ff; Koller (Fußn. 9), S. 89; Kötz (Fußn. 2), S. 145, 147.

41) Vgl. auch Pröhl/Martin, VVG, 23. Aufl., § 1 Anm. 1 A zur Plansicherungstheorie.

42) Adams (Fußn. 14), S. 210 f.

43) So Graf v. Westphalen, BB 1983, 974, 980.

44) Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner (Fußn. 32), S. 6.2 Rz. 39 berücksichtigen zu wenig, daß eine Haftpflichtversicherung um so teuer ist, je mehr Risiken sie abdeckt und daß die Abwälzung der Haftpflichtversicherungsprämien die Preise nicht unberührt läßt.

45) Kötz (Fußn. 2), S. 145, 148.

46) Die Versicherbarkeit des Risikos durch den Geschädigten genügt nicht: BGH ZIP 1984, 457, 459 = NJW 1984, 1350, 1351; Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner (Fußn. 32), S. 6.2 Rz. 38 f; Ulmer/Brandner/Hensen (Fußn. 1), § 11 Nr. 7 Rz. 38; Kötz (Fußn. 2), S. 145, 149 f; anderer Ansicht Staudinger/Schlosser (Fußn. 2), § 11 Nr. 7 AGBG Rz. 53; Ulmer/Brandner/Hensen (Fußn. 1), § 9 Rz. 111; MünchKomm-Kötz (Fußn. 33), § 11 Nr. 7 AGBG Rz. 68; BGH NJW 1961, 212; nicht ganz klar differenzierend Wolf/Horn/Lindacher (Fußn. 1), § 11 Nr. 7 Rz. 31.

47) Vgl. BGH NJW 1961, 212, 213; dazu Kötz (Fußn. 2), S. 145, 151, der allerdings die Schadensverhütung nicht berücksichtigt.

48) Kötz (Fußn. 2), S. 145, 149 f.

49) Vgl. BGH ZIP 1980, 654, 656 = NJW 1980, 1953, 1955 „Chemisch Reiniger“; Wolf/Horn/Lindacher (Fußn. 1), § 11 Nr. 7 Rz. 31; Kötz (Fußn. 2), S. 145, 150.

50) Sie spielen im Transportrecht eine wesentliche Rolle. Vgl. Art. 25 CMR; § 90 Eisenbahn-Verkehrsordnung (EVO); § 6 Speditions-/Rollfuhr-Versicherungsschein (SVS/RVS), abgedruckt bei: Baumbach/Duden/Hopt, HGB, 26. Aufl., S. 1163 ff.

51) Dies spielt z. B. im Rahmen der Haftungsetzung durch Versicherung gem. §§ 39, 41 ADSp eine Rolle.

dings ist zu beachten, daß hiermit kaum Freizeichnungsklauseln legitimiert werden können. Es muß nämlich dem Geschädigten als Vertragspartner überlassen bleiben, in welchem Umfang er Solvenzrisiken eingehen will.

4.2.4 Verfügbarkeit des Versicherungsschutzes

Die bloße Tatsache des Versicherungsschutzes ist nicht allein maßgeblich.⁵²⁾ Es muß auch der Umfang des Versicherungsschutzes geprüft werden. Es wäre jedoch verfehlt anzunehmen, daß ein die Haftungsfreizeichnung legitimierender Versicherungsschutz unbeschränkt sein müsse. Versicherungsschutz wird in aller Regel, um die Prämie sicher kalkulierbar zu machen, umfangmäßig beschränkt sein. Die Versicherungssumme muß nicht so hoch angesetzt sein, daß selbst ganz außergewöhnliche Schäden aufgefangen werden.⁵³⁾ Andernfalls müßte man nämlich häufig eine sinnlose Verteuerung des Versicherungsschutzes in Kauf nehmen. Man kann daher nicht sagen, daß diejenige Partei das Risiko tragen soll, deren Versicherungsschutz die höheren Schäden abdeckt.

4.2.5 Präventionseffekt der Versicherung

Am problematischsten ist das Verhältnis zwischen Versicherung und Schadensverhütung.

4.2.5.1 Anreize zu sorgfältigerem Handeln

Man hat früher die Haftpflichtversicherung verbreitet als unmoralisch qualifiziert, weil sie den Anreiz zur Schadensverhütung beseitige.⁵⁴⁾ Dies muß indessen nicht notwendig die Folge eines Haftpflichtversicherungsschutzes sein. Die Haftpflichtversicherung beseitigt dort nicht den Präventionseffekt der Haftung, wo dem Schädiger gelegentlich ein Fehler unterläuft. Dort geht der Präventionseffekt der Haftung ohnehin ins Leere.⁵⁵⁾ Gerade in den Fällen gelegentlichen Versagens ist jedoch die Haftpflichtversicherung von besonders großem Nutzen, weil sie das Haftungsrisiko kalkulierbar macht. Unter dem Aspekt der Schadensverhütung wäre sie freilich gefährlich, wenn sie potentielle Schädiger motivieren würde, es mit der Sorgfalt systematisch nicht so ganz ernst zu nehmen oder gar grob fahrlässig zu handeln. Daß die Haftpflichtversicherung Anreize zu unsorgfältigem Handeln erzeugt, ist evident⁵⁶⁾; es lassen sich jedoch gegenläufige Anreize einbauen. Es genügt, daß der potentielle Schädiger mit Selbstbehalten und Prämienzuschlägen entsprechend der Schadenshäufigkeit belastet wird. Wenn die Versicherungspolice darüber hinaus Risikoausschlussklauseln im Bereich besonders unkontrollierbarer grober Sorgfaltsverstöße vorsieht und bei auffallender Schadenshäufigkeit eine Kündigung der Versicherung droht, so ist durchaus damit zu rechnen, daß sich der haftpflichtversicherte potentielle Schädiger um sorgfältigeres Handeln bemüht.⁵⁷⁾

An dieser Stelle mag man darauf hinweisen, daß der von Kfz-Haftpflichtversicherungen ausgehende Präventionseffekt gering ist.⁵⁸⁾ Dieses Beispiel paßt jedoch nicht für die hier zur Diskussion stehenden AGB-Freizeichnungsklauseln. Anders als gegenüber typischen AGB-Verwendern besteht gegenüber Kfz-Haltern ein Kontrahierungszwang der Versicherer. Eine negative Auslese der „schlechten Risiken“, d.h. derjenigen Personen, die weit überdurchschnittlich viele Schäden verursachen, findet also nicht statt. Zum anderen hat es – wie Adams⁵⁹⁾ darlegt – die

Versicherungsaufsicht bislang verhindert, daß wirksame Selbstbehalte, Prämienzuschläge eingeführt worden sind, weil man die Kfz-Haftpflichtprämie als politischen Preis betrachtet. Es können daher keine Parallelen zu Haftpflichtversicherungen gezogen werden, die voll im Wettbewerb stehen.

4.2.5.2 Regreß der Versicherer

Eine vom Geschädigten gezeichnete Versicherung muß ebenfalls nicht notwendig den Präventionseffekt der Haftung eliminieren. Der Präventionseffekt der Haftung wird solange nicht abgesenkt, solange die Versicherung den Schadensersatzanspruch des Geschädigten erwirbt und beim Schädiger Regreß nimmt.⁶⁰⁾ Möglicherweise ist der Präventionsdruck sogar höher.

Nun wird sich der Schädiger, der mit dem Regreß der Versicherung des Geschädigten zu rechnen hat, seinerseits haftpflichtversichern. Es kommt zu dem Regreß der Versicherer untereinander, der verbreitet als reine Verschwendung gescholten wird.⁶¹⁾ Das Argument „Verschwendung durch Versicherungsregreß“ wird zu undifferenziert verwandt. Blickt man ausschließlich auf die Tatsache, daß der Schaden von einer Versicherungsgemeinschaft getragen wird⁶²⁾, so ist der Regreß unter Versicherern sicherlich Verschwendung. Man darf jedoch nicht übersehen, daß der Regreß der Versicherung grundsätzlich präventiv wirkt und die Zahl der Schäden vermindert; denn der Haftpflichtversicherer, bei dem häufiger erfolgreich Regreß genommen worden ist, wird die Prämien der „schlechten Risiken“ anheben, höhere Selbstbehalte einführen oder die Versicherungen kündigen. Der Umstand, daß gerade ein Versicherer Regreß nimmt, treibt nicht die Kosten, weil die gleichen Kosten bei einem Regreß durch den Geschädigten selbst entstünden. Das Argument von dem sinnlosen Regreßkarussell ist daher nur dort am Platz, wo der von der Haftung ausgehende Präventionseffekt so gering ist, daß der daraus resultierende Vorteil von den Kosten des Regresses aufgezehrt wird. In solchen Fällen ist unter dem Aspekt der Schadensverhütung die Versicherung des Geschädigten der Haftpflichtversicherung gleichwertig.

4.2.5.3 Haftungsersetzung durch Versicherung

Zwischen der Versicherung des Geschädigten und der Haftpflichtversicherung ist die Haftungsersetzung durch Versicherung angesiedelt. Als Beispiele für die Haftungsersetzung durch

52) Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, AGBG II, 1983, § 11 Nr. 7 Rz. 42.

53) Vgl. Staudinger/Schlosser (Fußn. 2), § 11 Nr. 7 AGBG Rz. 53; Wolf/Horn/Lindacher (Fußn. 1), § 11 Nr. 7 Rz. 31; Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner (Fußn. 32), S. 62 Rz. 27 ff.

54) Großfeld, VersWirt 1974, 694, 698.

55) Siehe oben bei Fußn. 16; undifferenziert Larenz (Fußn. 4), S. 393.

56) Adams (Fußn. 14), S. 225 ff.

57) Adams (Fußn. 14), S. 226 ff.

58) Larenz (Fußn. 4), S. 393.

59) Adams (Fußn. 14), S. 213 ff.

60) In der Regel ist Voraussetzung der Versicherungsdeckung, daß die Möglichkeit, gegen grob fahrlässig oder vorsätzlich schädigende Vertragspartner bzw. deren leitenden Angestellten Regreß zu nehmen, nicht abbedungen wird (BGH NJW 1956, 1915, 1917; BGH NJW 1963, 99, 100 m. v. N.; MünchKomm-Kötz (Fußn. 33), § 11 Nr. 7 AGBG Rz. 69).

61) Kötz (Fußn. 2), S. 145, 151; Oeynhausen, TranspR 1984, 57, 66; v. Hippel (Fußn. 12), S. 41, 62 ff.

62) MünchKomm-Kötz (Fußn. 33), § 11 Nr. 7 AGBG Rz. 68.

Versicherung sind vor allem das durch die ADSp in Verbindung mit dem SVS/RVS⁶³⁾ geschaffene Schadensausgleichssystem, aber auch Fälle aus dem Bereich der Bewachungsunternehmen⁶⁴⁾, in denen zugunsten der Kunden des potentiellen Schädigers Sachversicherungen geschlossen werden, zu nennen. Diese Versicherungen stoßen, falls sie in ausreichender Höhe gedeckt sind, solange auf keine Bedenken, wie sie nicht die Präventionseffekte der Haftung abschneiden. In der Regel bleibt der Präventionseffekt erhalten. Der Präventionseffekt wird nämlich bei diesem Versicherungsmodell grundsätzlich voll auf den potentiellen Schädiger durchschlagen⁶⁵⁾; denn der Schädiger zahlt die Prämien. Er muß daher damit rechnen, daß er vom Versicherer stärker zur Kasse gebeten wird, falls sich bei ihm die Schäden häufen. Der Präventionseffekt kann allerdings eliminiert werden, falls alle potentiellen Schädiger aufgrund branchenüblicher AGB die Versicherungsprämien offen auf ihre Kunden abwälzen dürfen und die Prämien als Durchschnittsprämien kalkuliert werden, weil der Wettbewerb unter den Versicherungen nicht funktioniert.

4.2.5.4 Generalpolice

In gleicher Weise wirken Sachversicherungen, die aufgrund einer Generalpolice des Schädigers von Fall zu Fall im Auftrag des potentiell Geschädigten gezeichnet werden. Auch diese Versicherungsform beeinträchtigt den Präventionseffekt der Haftung nur in einer der Haftpflichtversicherung verwandten Weise; denn die Informationen über die Schadensneigung des potentiellen Schädigers laufen bei einer Versicherung, d. h. der Versicherung, die die Generalpolice ausgestellt hat, zusammen.⁶⁶⁾ Im Vergleich zur Haftpflichtversicherung hat diese Versicherungsform den Vorzug, daß die Prämien besser an die Höhe des Schadensrisikos und die Gefährlichkeit des Auftrags angepaßt werden können.⁶⁷⁾

4.3 Zwischenergebnis

Die Versicherbarkeit von Schadensrisiken ist für die Wirksamkeit von Freizeichnungsklauseln von zentraler Bedeutung, da sie Risiken kalkulierbar macht und Existenzrisiken vermeidet.⁶⁸⁾ Ob die Versicherbarkeit des Risikos zugunsten oder zu Lasten des Schädigers in die Waagschale fällt, hängt davon ab, in welchem Umfang die ins Auge gefaßte Versicherungslösung den Präventionseffekt der Haftung abschwächt, welche Kosten mit der Versicherungszeichnung verbunden sind und in welchem Ausmaß die eine oder die andere Versicherungsvariante Prämiengerechtigkeit erlaubt. Allgemeine Aussagen über das Verhältnis zwischen Haftpflichtversicherung und Versicherung des Geschädigten sind nur sehr bedingt möglich, da die Üblichkeit und Leichtigkeit, Versicherungsschutz zu erlangen, die Streubreite der potentiellen Schäden, die Streubreite der Risikobelastung, der Zugang zur Versicherung, die von AGB zu AGB unterschiedlich sind, ins Gewicht fallen. Vor allem ist eine Einzelfallbeurteilung in Hinblick auf den Präventionseffekt von Versicherungen notwendig.⁶⁹⁾ Es lassen sich jedoch Tendenzaussagen machen. Je stärker eine Versicherung den Präventionseffekt der Haftung schwächt, desto eher ist eine Freizeichnungsklausel unangemessen. Je mehr sich der Schadensverhütungseffekt von Haftpflichtversicherung und Versicherung des Geschädigten

annähern⁷⁰⁾, desto angemessener ist eine Freizeichnungsklausel, die in Verbindung mit einer Versicherung des Geschädigten die Kosten einer Versicherungsdeckung minimiert und für optimale Prämiengerechtigkeit sorgt. Je größer die Kosten einer Versicherung seitens der Geschädigten⁷¹⁾ und je homogener die Haftungsrisiken sind, desto eher ist eine Haftpflichtversicherung am Platz und daher eine unbeschränkte⁷²⁾ Freizeichnungsklausel unangemessen.

5. Äquivalenz

Trotz optimaler Anstrengungen des AGB-Verwenders sind Schädigungen des Vertragspartners unvermeidbar. Die dadurch entstehenden Nachteile – gleichgültig, ob sie der Schädiger oder der Geschädigte zu tragen hat – schlagen sich in den Preisen nieder. Allerdings hängt das Ausmaß, in dem sich die Schadensbelastung in den Preisen widerspiegelt, von einer Reihe von Faktoren ab.

Hat sich der AGB-Verwender wirksam freigezeichnet, so wird das auf die Kunden abgewälzte Schadensrisiko nur dann zu einer gleichgewichtigen Preisreduktion führen, wenn hinreichender Wettbewerbsdruck besteht, die Kunden sich der Freizeichnung bewußt sind und dies bei ihren Nachfrageentscheidungen berücksichtigen und wenn weitgehende Markttransparenz besteht. Das heißt, der Kunde muß nicht nur die konkrete Schadensträchtigkeit des AGB-Verwenders, sondern auch die seiner Konkurrenten abschätzen können, um gezielt Druck auf die Preise ausüben zu können. Im nicht-kaufmännischen Bereich ist dies kaum jemals zu erwarten. Man ist deshalb zu Recht allgemein der Ansicht, daß der AGB-Verwender seine Freizeichnungsklausel nicht mit dem Hinweis auf niedrigere Preise rechtfertigen könne.⁷³⁾ Im kaufmännischen Bereich mag aber häufiger ein ausreichender Marktüberblick⁷⁴⁾ anzutreffen sein, wes-

63) §§ 39, 41 a ADSp i. V. m. §§ 3 ff SVS/RVS.

64) BGH NJW 1972, 150; BGH NJW 1968, 1718; dazu Kötz (Fußn. 2), S. 145, 149 ff.

65) Vgl. Koller, TranspR 1986, 129.

66) Unter der Voraussetzung, daß diese Form der Versicherung die Aktivitäten des Schädigers prägt, ist Oeynhausen, TranspR 1984, 57, 65 zuzustimmen, daß einer Sachversicherungslösung der Vorzug zu geben ist.

67) Siehe oben bei Fußn. 63.

68) Siehe bei Fußn. 5 und 35.

69) Es ist also notwendig, die Versicherungskonditionen und die konkrete Lage am Markt für die in Betracht kommende Versicherung im Auge zu behalten.

70) Sei es, daß der Präventionseffekt der Haftung (siehe bei Fußn. 12) und damit erst recht der Haftpflichtversicherung ohnehin sehr gering ist, sei es, daß der Präventionseffekt der Haftpflichtversicherung zwar groß ist, daß aber die Versicherung des Geschädigten so konzipiert ist, daß sie unmittelbare Anreize zur Schadensverhütung erzeugt (siehe bei Fußn. 66).

71) Siehe bei Fußn. 48.

72) Im Wege der Haftungsbegrenzung kann also eine gerechte Kostenbelastung hergestellt werden (Kötz (Fußn. 2), S. 145, 150). Denkbar ist auch eine Haftungsbegrenzung auf den deklarierten Wert (vgl. BGH ZIP 1980, 654 = NJW 1980, 1953). Die Haftpflichtversicherung könnte ihre Prämien je nach deklariertem Wert staffeln. Das SVS/RVS-System (Fußn. 63) ist ohne weiteres auf die Haftpflichtversicherung übertragbar. Siehe auch die CMR-Versicherung.

73) BGH ZIP 1980, 654, 656 = NJW 1980, 1953, 1954; Ulmer/Brandner/Hensen (Fußn. 1), § 9 Rz. 78; Standinger/Schlosser (Fußn. 2), § 9 AGBG Rz. 33; Wolf/Horn/Lindacher (Fußn. 1), § 9 Rz. 122 f; MünchKomm-Kötz (Fußn. 33), § 9 AGBG Rz. 7; Bunte/Heinrichs, Aktuelle Rechtsfragen zur Freizeichnung nach dem AGB-Gesetz (RWS-Skript 157), 1985, S. 112 – jeweils m. w. N.

74) MünchKomm-Kötz (Fußn. 33), § 9 AGBG Rz. 20.

halb hier Freizeichnungsklauseln großzügiger zugelassen werden können⁷⁵⁾.

Die Frage der Äquivalenz von Schadenstragung und Preisen ist jedoch nicht nur unter dem Aspekt des Verhältnisses AGB-Verwender – Kunden, sondern auch in Hinblick auf das Verhältnis der Kunden untereinander zu würdigen. Es kann nämlich durchaus sein, daß eine Schadensersatzpflicht des Schädigers zu einer Diskriminierung der übrigen Kunden führt. Tritt der potentielle Schädiger mit Kunden in Beziehung, bei denen im Falle eines Schadens höchst unterschiedliche Schadensbeträge zu erwarten sind, so hat der Schädiger zwei Möglichkeiten. Zum einen kann er seinen Preis auf der Basis des Durchschnittsschadens kalkulieren. Dies hat zur Konsequenz, daß der Kunde, bei dem nur geringe Schäden eintreten können, denjenigen Kunden, der mit hohen Verlusten rechnen muß, subventioniert.⁷⁶⁾ Beispiel: Einlagerung gleich schwerer, aber unterschiedlich wertvoller Güter, wenn der Lagerpreis nach dem Gewicht bemessen wird. Zum anderen kann der Schädiger den Preis nach dem potentiellen Schadensumfang differenzieren. Dieser Ansatz hat die Schwäche, daß der Schädiger den Schadensumfang regelmäßig nur schwer in Erfahrung bringen kann, weil die für die Schadensberechnung maßgeblichen Faktoren weitgehend in der Sphäre des Geschädigten liegen. Das Transportrecht trägt dem zum Teil dadurch Rechnung, daß von einem Mindestschaden ab die Wertangaben des Geschädigten bei Vertragsschluß maßgeblich sind.⁷⁷⁾ Die Ermittlung divergierender Werte und ihre Berücksichtigung in Form abgestufter Preise ist mit erheblichen Verwaltungskosten verbunden. Diese Kosten können vermieden werden, wenn das Schadensrisiko vom Geschädigten übernommen wird, soweit der individuelle Schaden den typischen Schaden⁷⁸⁾ übersteigt.

Schließlich sind unter dem Aspekt der Äquivalenz auch diejenigen Fälle zu betrachten, in denen die Schadensneigung der zu erbringenden Leistung von Kunde zu Kunde erheblichen Schwankungen ausgesetzt ist.⁷⁹⁾ Beispiel: einerseits Transport von Kies, andererseits Transport von hochempfindlichen Apparaten. Der Schädiger muß mit gelegentlichem Fehlverhalten rechnen. Je größer die Gefährlichkeit des Auftrages ist, desto eher wird ein Fehlverhalten einen Schaden auslösen. Auch hier ist es nicht immer angemessen, daß der Schädiger auf alle Kunden einen Anteil des Durchschnittsrisikos abwälzt, so daß die Kunden, die besonders gefährliche Aufträge erteilt haben, subventioniert werden. Der potentielle Schädiger sollte daher primär seine Preise nach der individuellen Gefährlichkeit des Auftrags differenzieren. Wo dies nicht zumutbar ist, weil der Schädiger die relevanten Daten nur schwer in Erfahrung bringen kann und die Risiken von Kunde zu Kunde erfahrungsgemäß stark schwanken, verlagern sich die Gewichte in Richtung auf eine Angemessenheit der Freizeichnung. Diese Freizeichnung schafft für alle Kunden den gleichen Ausgangspunkt: keine oder nur eine beschränkte Haftung. Es ist jedoch immer zu berücksichtigen, daß die unterschiedliche Gefährlichkeit des Auftrages nur ins Feld geführt werden darf, wo aus der Sicht des AGB-Verwenders gelegentliches Fehlverhalten⁸⁰⁾ oder andere, letztlich verschuldensunabhängige Formen der Risikozurechnung⁸¹⁾ eine Rolle spielen.

III. Die Unangemessenheit der Freizeichnung und bewegliches Systemdenken

1. Die Beweglichkeit der die Unangemessenheit kennzeichnenden Elemente

Beim derzeitigen Stand der Rechtsentwicklung erscheint es unmöglich, die verschiedenen die Angemessenheit bzw. Unangemessenheit einer Haftungsfreizeichnung berührenden Elemente in eine konsensfähige Rangordnung zu bringen. Zwar war es – wie gezeigt – möglich, bestimmte Kriterien aufzudecken, die in jedem Fall der Freizeichnung von Bedeutung sind und gewissermaßen die Bausteine für das Urteil über die Angemessenheit des Haftungsausschlusses abgeben. Das Verhältnis der Bausteine zueinander läßt sich derzeit aber nicht ein für allemal abstrakt festlegen noch läßt sich ausschließen, daß von Fall zu Fall auch andere Umstände relevant werden können.

Angesichts der Unmöglichkeit, konsensfähig eine Skala der Unangemessenheit von Haftungsausschlußklauseln zu erarbeiten⁸²⁾, braucht man nicht zu befürchten, daß damit nur noch der Weg in eine konturenlose Billigkeitsrechtsprechung offenbliebe. Vielmehr ist es durchaus denkbar, einen Weg zwischen einer starren Tatbestandsbildung einerseits und einer konturenlosen Billigkeitsrechtsprechung andererseits zu wählen, indem man die dargestellten Elemente „Ausgleich des Schadens“, „Prävention“, „Versicherbarkeit“, „Äquivalenz“ in ein bewegliches System⁸³⁾ im Sinne *Wilburgs*⁸⁴⁾ einordnet. Es gilt dann der Satz, daß eine Freizeichnung von Schäden oder einem Teilschaden⁸⁵⁾ um so eher angemessen ist, je weniger sie gegen den Ausgleichsgedanken verstößt, je geringer der Präventionseffekt der Haftung in den von der Freizeichnung berührten Fällen sein kann, je schwankender und unvorhersehbarer die Schäden sind und je einfacher und genauer sich der Geschädigte anstatt des Schädigers zu versichern vermag. Man kann, auch wenn die Rangordnung zwischen diesen Elementen beweglich ist, doch besser als bei einer Abwägung aller Umstände des Einzelfalles der Rechtssicherheit und dem Gebot der Gleichbehandlung Rechnung tragen. Dieses Vorgehen erlaubt nämlich relativ häufig eine Aussage darüber, wann mit Sicherheit Freizeichnungsklauseln unangemessen sind: wenn der Ausgleichsgedanke stark zugunsten des Geschädigten ins Gewicht fällt, weil hochwertige Rechtsgüter

75) BGH VersR 1982, 486, 488; *Staub/Helm*, Großkomm. HGB, 4. Aufl., vor § 1 ADSp Rz. 43.

76) BGH ZIP 1980, 654, 656 – NJW 1980, 1953, 1955; *Kötz* (Fußn. 2), S. 145, 150.

77) Siehe bei Fußn. 50. Im übrigen sucht man die Risikohomogenität durch Schadensobergrenzen (z. B. §§ 31, 35 KVO) zu erreichen.

78) Der Schaden, mit dem man in der großen Zahl der Schadensfälle rechnen muß, verkörpert das allen Vertragspartnern des Schädigers „gemeinsame“ Risiko. Soweit die Schäden darüberliegen, wird eine Homogenität der Risiken durch Kappung des über dem typischen Schaden liegenden Betrags herbeigeführt.

79) *Oeynhausen*, TranspR 1984, 57, 65.

80) Siehe bei Fußn. 16.

81) Z. B. § 278 BGB.

82) *Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner* (Fußn. 52), § 11 Nr. 7 Rz. 4.

83) *Bydlinsky*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, S. 529 ff; *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff, 1969, S. 74 ff.

84) *Wilburg*, AcP 163 (1964), 346; *ders.*, Elemente des Schadensrechts, 1941.

85) Das heißt der Höhe nach.

ter, z. B. die Gesundheit, auf dem Spiel stehen, der Präventionseffekt der Haftung hoch ist, weil es um grob fahrlässiges Verhalten geht, der Geschädigte sich nicht oder nur mit vergleichsweise höherem Aufwand zu versichern vermag sowie das Schadensrisiko vorhersehbar und von Schadensfall zu Schadensfall relativ homogen ist. Längerfristig ist auch zu erwarten, daß sich feste Fallgruppen der Unangemessenheit von Freizeichnungsklauseln herauskristallisieren werden. Im folgenden soll anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgezeigt werden, daß die Rechtsprechung im Sinne dieses beweglichen Systems arbeitet. Allerdings wird dies kaum jemals in den Formulierungen deutlich, weil die Rechtsprechung sich noch zu wenig der Bedeutung der maßgeblichen Entscheidungselemente bewußt geworden ist.

2. Rechtsprechungsanalyse

2.1 Grobe Fahrlässigkeit des Schädigers oder seiner leitenden Angestellten

Nach ständiger Rechtsprechung sind Freizeichnungsklauseln, in denen die Haftung für grobes Verschulden des AGB-Verwenders und seiner leitenden Angestellten ausgeschlossen wird, unwirksam.⁸⁶⁾ Hier spielt offensichtlich der Präventionsgedanke eine besonders große Rolle: Es soll dafür gesorgt werden, daß der AGB-Verwender und seine Repräsentanten zumindest die Sorgfaltsvorkehrungen treffen, die im gegebenen Fall jedermann einleuchten müßten. Diesen minimalen Sorgfaltsstandards kann sich der AGB-Verwender auch dann nicht entziehen, wenn der Geschädigte versichert ist oder sich üblicherweise versichern könnte. Der BGH begründete dies zunächst damit, daß das Rückgriffsrecht des Versicherers offengehalten werden mußte⁸⁷⁾, und später damit, daß einleuchtende Gründe für den Verzicht auf Versicherungsschutz existiert hätten⁸⁸⁾. Die Versicherungsmöglichkeit des Geschädigten wird also vergleichsweise geringer gewichtet. Im Zusammenhang mit grober Fahrlässigkeit ging der BGH bislang auf das Problem der Äquivalenz nur mittelbar ein⁸⁹⁾. Er billigte eine Haftungsfreizeichnung nach § 41 ADSp, die dadurch gekennzeichnet ist, daß der Spediteur zugunsten und auf Kosten des Geschädigten eine nach Höhe des Schadensrisikos gestaffelte Versicherung deckt und die Versicherung auf den Rückgriff gegen den Spediteur auch bei dessen grobem Verschulden verzichtet hat. Dabei verwandte der BGH das Argument, daß Spediteurtarife, Versicherungsschutz und Versicherungstarife aufeinander abgestimmt seien. Hier scheint also der Präventionseffekt niedriger als der Versicherungsschutz und niedriger als die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung bewertet zu werden. Es ist allerdings zu betonen, daß der Präventionseffekt der Haftung nicht ganz vernachlässigt wird, weil die Versicherung dem Schädiger Selbstbehalte auferlegt und die Prämien an der Schadensträchtigkeit des Speditors orientiert.⁹⁰⁾ Zur Gefahr existenzbedrohender Serienschäden, die mit Versicherungsschutz des Geschädigten zusammenreffen, brauchte der BGH noch nicht Stellung zu nehmen.

2.2 Vorsatz einfacher Erfüllungsgehilfen

Im Tankscheck-Fall⁹¹⁾ hatten Tankstellenpächter als Erfüllungsgehilfen des Tankschecks vertreibenden Unternehmens Tankschecks in betrügerischer Weise verwandt. Der BGH betont hier

das besonders hohe Präventionsbedürfnis: Der Kunde, dem ein Tankschecksystem angeboten werde, werde hierin deshalb einen besonderen wirtschaftlichen Vorteil sehen, weil er auf Einzelabrechnungen und Kontrollen verzichten könne. Dieser Vertragszweck werde in Frage gestellt, wenn der AGB-Verwender die Haftung für falsche Abrechnung ausschließe. Zusätzlich führt der BGH ins Feld, daß den Erfüllungsgehilfen vorsätzliche Schädigung vorzuwerfen sei sowie – unter dem Ausgleichsaspekt interessant – daß dem Kunden ganz erhebliche Schäden drohten.

2.3 Grobe Fahrlässigkeit einfacher Erfüllungsgehilfen

Im „Kaltlager“-Fall bejahte der BGH⁹²⁾ die Unwirksamkeit einer Freizeichnung für grobes Verschulden einfacher Erfüllungsgehilfen, obwohl der Geschädigte versichert war und nur die Versicherung Regreß gegen den AGB-Verwender nahm. Es besteht hier sicherlich ein großes Bedürfnis dafür, daß sämtliche Erfüllungsgehilfen eines Schuldners den grundlegenden Sorgfaltsanforderungen Rechnung tragen. Es kann auch mit großer Wahrscheinlichkeit durch sachgerechte Personalauswahl und -leitung sichergestellt werden, daß keine groben Schnitzer gemacht werden.⁹³⁾ Der BGH hat andererseits zu erkennen gegeben, daß er den Präventionseffekt der Haftung hier deshalb so hoch bewertet, weil der AGB-Verwender die Haftung auch in Fällen ausgeschlossen hatte, in denen der Schaden weit unter den typischerweise zu erwartenden Mindestschäden lag.⁹⁴⁾ Die Freizeichnungsklausel war daher nicht geeignet, nur solche Risiken auszuschließen, die sinnvoll im Durchschnittspreis nicht einkalkuliert werden konnten.⁹⁵⁾

86) BGH NJW 1978, 1918; BGH ZIP 1985, 161, 167 = NJW 1985, 623, 627; vgl. BGH EWiR § 9 II Nr. 2 AGBG 1/85, 11 (*Graf v. Westphalen*); BGH EWiR § 315 BGB 1/85, 55 (*Graf v. Westphalen*); BGH WM 1980, 287 m. w. N.; sowie *Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner* (Fußn. 52), § 11 Nr. 7 Rz. 3 m. N.

87) BGH NJW 1961, 212, 213.

88) BGH NJW 1978, 1918; für gänzliche Irrelevanz der Versicherbarkeit BGH ZIP 1984, 457, 459 = NJW 1984, 1350, 1351; BGH WM 1980, 287 „Teppichlagerung“.

89) BGH VersR 1982, 486, 488.

90) Dazu Koller, TranspR 1986, 129, 135.

91) BGH ZIP 1984, 1098 = BB 1984, 1449.

92) BGH ZIP 1984, 457 = NJW 1984, 1350; vgl. auch BGH ZIP 1985, 161, 167 = NJW 1985, 623, 627; vgl. BGH EWiR § 9 II Nr. 2 AGBG 1/85, 11 (*Graf v. Westphalen*); BGH EWiR § 315 BGB 1/85, 55 (*Graf v. Westphalen*); BGH ZIP 1985, 935, 939 = NJW 1985, 2258, 2261; vgl. BGH EWiR § 278 BGB 1/85, 643 (*Paulusch*); OLG Frankfurt ZIP 1984, 976 = BB 1984, 1451.

93) Zweifelnd *Oeynhausen*, TranspR 1984, 57, 64. Es ist außerdem zu berücksichtigen, daß bei grobem Verschulden von Erfüllungsgehilfen häufig Organisationsverschulden zu vermuten ist, das sich nur nicht nachweisen läßt, weil Erfüllungsgehilfen und AGB-Verwender aufeinander angewiesen sind. Vgl. *Wolff/Horn/Lindacher* (Fußn. 1), § 11 Nr. 7 Rz. 45; Koller, TranspR 1986, Heft 9; ferner *Ulmer/Brandner/Hensen* (Fußn. 1), § 11 Nr. 7 Rz. 32.

94) BGH ZIP 1984, 457, 459 = NJW 1984, 1350, 1351: Schadensersatzbetrag, der nur einen Bruchteil des Wertes darstellt. Vgl. auch BGH NJW 1978, 1314, 1315.

95) Der BGH (ZIP 1984, 457, 459 = NJW 1984, 1350, 1351) scheint allerdings dahin zu tendieren, daß alle vorhersehbaren Schäden ersetzt werden müssen, daß also das von Kunde zu Kunde unterschiedliche Risiko keine Freizeichnungsklausel rechtfertigt. Dazu steht die „Chemisch-Reiniger“-Entscheidung (BGH ZIP 1980, 654, 656 = NJW 1980, 1953, 1955) in gewissem Gegensatz. Allerdings ging es dort nicht um grobe Fahrlässigkeit, fiel also das Präventionselement nicht so stark ins Gewicht.

Hierin unterscheidet sich der „Parkplatz“-Fall⁹⁶⁾ vom „Kaltlager“-Fall. Im „Parkplatz“-Fall hatte ein Autofahrer Handelsware im abgestellten Auto liegen gelassen. Die Ware wurde gestohlen, weil der Parkwächter grob fahrlässig seine Aufsichtspflichten vernachlässigt hatte. Der BGH wies zunächst darauf hin, daß der AGB-Verwender (damals) gezwungen war, mit schlecht geeignetem Personal zu arbeiten. Der Präventionseffekt der Haftung war also gering. Außerdem bringe eine Haftung für die im Auto aufbewahrte Handelsware ein unübersehbares Risiko mit sich. Die Konsequenz einer Haftung wäre, daß die Parkplatzgebühren für jeden Parkplatzbenutzer in die Höhe geschraubt werden müßten; dies sei für die Allgemeinheit nicht tragbar. Es mag zwar bezweifelt werden, ob die Allgemeinheit die erhöhten Gebühren nicht tragen könnte.⁹⁷⁾ Der BGH wird jedenfalls kaum Kalkulationen angestellt und Nachfrageanalysen durchgeführt haben. Richtig ist jedoch, daß bei einer Einheitsgebühr diejenigen Parkplatzbenutzer, die niedrige Werte bewachen lassen, die anderen Parkplatzbenutzer, die höhere Werte zur Bewachung geben, „subventionieren“.⁹⁸⁾ Ein Haftungsausschluß für die den typischen Rahmen übersteigenden Risiken verhindert diesen Effekt. Weil der BGH letztlich die Preisgerechtigkeit sowie den Präventionseffekt der Haftung für gleichwertig hielt und weil sich der Geschädigte außerdem versichern konnte, billigte er die Freizeichnung von der Haftung für grobe Fahrlässigkeit einfacher Erfüllungshilfen.

2.4 Leicht verschuldete anfängliche Leistungsunfähigkeit

Der BGH⁹⁹⁾ hat in mehreren Urteilen hervorgehoben, daß zwar in ordnungsgemäß geführten Betrieben immer mit Versehen gerechnet werden müsse. Dies kalkuliere auch jeder Auftraggeber ein. Jeder Auftraggeber gehe aber auch davon aus, daß nicht schon bei Beginn der Vertragserfüllung die Leistungsfähigkeit gemindert sei.¹⁰⁰⁾ Der BGH nimmt offensichtlich an, daß die Leistungsfähigkeit vor Beginn der Leistungserbringung ganz besonders gut kontrollierbar sei, daß auf diesem Gebiet also Fehler besonders zuverlässig auszuschließen seien.¹⁰¹⁾ Es ist daher nur konsequent, daß er der Haftung eine überdurchschnittliche Präventionswirkung beilegt und dafür sorgt, daß die Haftung nicht erst bei grober Fahrlässigkeit zu greifen beginnt. Der Tatsache, daß sich der Geschädigte versichert hatte, legte der BGH demgegenüber weniger Gewicht bei. Der AGB-Verwender konnte sich auch nicht darauf berufen, daß er atypisch hohe Risiken ausklammern wollte, da er eine willkürlich anmutende Haftungsbegrenzung gewählt hatte.¹⁰²⁾

2.5 Die Wahrung überdurchschnittlicher Sorgfaltsstandards

Sowohl im „Textilveredlungs“-¹⁰³⁾ als auch im „Klimaanlagen“-Fall¹⁰⁴⁾ hat sich der BGH über eine Freizeichnung für mittelbare Schäden bei leichtem Verschulden hinweggesetzt. In beiden Fällen waren auch vertragstypische, gut vorhersehbare Schäden von der Haftung ausgeschlossen, obwohl der Preis individuell vereinbart worden war. Eine Subventionierung von Kunden, bei denen mit geringeren mittelbaren Schäden zu rechnen war, war deshalb nicht zu befürchten, weil das individuelle Schadensrisiko in den Preis einkalkuliert werden konnte.¹⁰⁵⁾ Der Haftungsausschluß trug mithin allenfalls geringfügig zur Preisge-

rechtigkeit bei. In beiden Fällen war der Geschädigte weder versichert noch war eine Versicherung üblich. Der BGH formulierte daher zutreffend im „Textilveredlungs“-Fall¹⁰⁶⁾, daß es in erster Linie Sache des Veredlers sei, „jedenfalls die aus von ihm zu vertretendem fehlerhaften Ablauf des Veredelungsprozesses für den Auftraggeber folgenden typischen Schadensrisiken hinreichend abzudecken“. Anders wäre die Situation nur, wenn Anhaltspunkte dafür existiert hätten, daß der Geschädigte das Risiko mit geringerem Aufwand und zu niedrigeren Prämien unter Versicherungsschutz hätte bringen können. Es war deshalb im Zweifel davon auszugehen, daß derartige mittelbare Schäden durch eine Haftpflichtversicherung abgedeckt werden können. Das Element „Versicherung“ spricht also ebenfalls für eine Haftung des Schädigers, die vorhersehbare, typische mittelbare Schäden einschließt. Schließlich vertritt der BGH mit guten Gründen die Ansicht, daß die Präventionsfunktion der Haftung besonders ins Gewicht falle. Im „Textilveredlungs“-Urteil¹⁰⁷⁾ ist davon die Rede, daß die Pflicht zur pfleglichen Behandlung der Ware für die ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrages von ganz besonderer Bedeutung sei, weil sonst die Ware nicht veredelt, sondern zerstört werde. Im „Klimaanlagen“-Urteil¹⁰⁸⁾ führt der BGH aus, daß der Schädiger besonderer Spezialist auf seinem Gebiet war und daß sich der Geschädigte, wie dem Schädiger bekannt war, voll und ganz auf die Ordnungsmäßigkeit der Planung und die Fähigkeit des Schädigers verlassen hatte¹⁰⁹⁾, eine Anlage zu erstellen, die wertvolle, hochempfindliche Datenverarbeitungsgeräte schützen sollte. Für diese Fallgruppe ist somit charakteristisch, daß die Schädiger auf einem Gebiet tätig wurden, auf dem von ihnen in besonderem Umfang Präzision, Kontrolle, Erfahrung erwartet wurden und auf dem in besonderem Maße dafür gesorgt werden mußte, daß einfache Versehen erst gar nicht auftreten, jedenfalls aber rechtzeitig entdeckt werden.¹¹⁰⁾ Die Haftung des Schädigers schafft einen Anreiz, diese besondere Sorgfalt einzusetzen. Der BGH sagt dies mittelbar

96) BGH NJW 1968, 1718, 1720.

97) Dazu zutreffend Kötz (Fußn. 2), S. 145, 151.

98) Kötz (Fußn. 2), S. 145, 150 f; siehe auch oben bei Fußn. 76.

99) BGH VersR 1974, 131, 132.

100) BGH NJW 1973, 1878; BGH NJW 1978, 1314, 1315; BGH VersR 1980, 65, 66; BGH VersR 1975, 1117, 1118; weitere Nachweise bei Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner (Fußn. 32), S. 6.2 Rz. 25.

101) Vgl. BGH VersR 1975, 1117, 1118, wo betont wird, daß es der Frachtführer in der Hand habe, für anfängliche Fahrtüchtigkeit zu sorgen. Ähnlich BGH VersR 1974, 131, 132; BGH VersR 1976, 263, 265; BGH NJW 1961, 212; OLG Frankfurt BB 1984, 300.

102) BGH NJW 1978, 1314, 1315.

103) BGH ZIP 1984, 971 – BB 1984, 939.

104) BGH ZIP 1985, 623 – EWiR § 633 BGB 1/85, 77 (Graf v. Westphalen).

105) Es ging augenscheinlich um nicht-standardisierte Leistungen.

106) BGH ZIP 1984, 971, 976 – BB 1984, 939, 940.

107) BGH ZIP 1984, 971, 975 f – BB 1984, 939, 940.

108) BGH, Urt. v. 20. 12. 1984 – VII ZR 340/83, ZIP 1985, 623, 625; vgl. BGH EWiR § 633 BGB 1/85, 77 (Graf v. Westphalen).

109) Vgl. Wolf, NJW 1980, 2433; Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner (Fußn. 52), § 11 Nr. 7 Rz. 50.

110) Vgl. Bunte, JZ 1984, 475, 476.

mit den Worten, daß die erwartete Sorgfalt die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages überhaupt erst ermögliche. Der BGH geht der Frage, ob schon von den ständigen Geschäftsbeziehungen hinreichender Präventionsdruck ausgehe, nicht näher nach. Im „Textilveredlungs“-Fall hätte sie eine Rolle spielen können; im „Klimaanlagen“-Fall war der Geschädigte offenbar ein Gelegenheitskunde. Insgesamt kann demnach festgehalten werden, daß der BGH in der Fallgruppe, in der ganz besondere Vorsicht am Platz ist, die Schäden kalkulierbar sind und der Geschädigte sich nicht besser als der Schädiger versichern kann, eine Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit für unwirksam hält. Von dieser Fallgruppe sind die Fälle zu unterscheiden, in denen der Schädiger mit sehr unterschiedlich hohen Schäden rechnen muß und/oder ein besonderes Maß an Sorgfalt nicht geboten ist. Im „Chemisch-Reiniger“-Fall¹¹¹⁾ war die Haftung auf das 15-fache des Reinigungspreises beschränkt. Der BGH betonte zunächst, daß eine Durchschnittskalkulation der Schadensrisiken angesichts der höchst unterschiedlich wertvollen Reinigungsobjekte diejenigen Kunden belasten würde, die minder wertvolle Gegenstände zur Reinigung geben.¹¹²⁾ Allerdings könne das Reinigungsunternehmen nach Wertangabe der Kunden die Preise differenzieren.¹¹³⁾ Dem sei das Angebot einer Versicherung, die der Kunde anlässlich des Reinigungsauftrages zeichnen könne, gleich zu erachten: Unter dieser Voraussetzung könne der Schadensersatzanspruch auf eine Summe beschränkt werden, die nur einen geringen Teil des eintretenden Schadens ausmache. Der BGH ging hier wohl davon aus, daß eine ganz besondere Sorgfalt nicht am Platz war. Andererseits legte die Tatsache, daß die Risiken von Kunde zu Kunde schwanken, es nahe, die den typischen Mindestschaden übersteigenden Risiken durch eine Versicherung abzudecken. Da der Geschädigte die Versicherung bequem und dosiert zeichnen konnte, überwog das Element Versicherung. Ob diese Lösung auch im Bereich grob fahrlässiger Schädigungen, wo der Präventionseffekt der Haftung stärker ins Gewicht fällt, angemessen ist, hängt davon ab, inwieweit die Versicherung über die Versicherungsbedingungen Druck auf das Reinigungsunternehmen ausüben kann und will.

2.6 Einfache Fahrlässigkeit von Erfüllungsgehilfen im Normalfall

Im „Schiffsbewachungs“-Fall¹¹⁴⁾ hatte der BGH über eine Freizeichnungsklausel zu entscheiden, in der der AGB-Verwender seine Haftung für einfache Fahrlässigkeit nahezu gänzlich ausgeschlossen hatte. Der BGH hielt die Freizeichnung jedenfalls insoweit für wirksam, als sie Versehen einfacher Erfüllungsgehilfen erfaßt, wie sie in jedem ordnungsgemäßen Betrieb vorkommen können. Insoweit ist in der Tat der Präventionseffekt der Haftung besonders gering.¹¹⁵⁾ Auf der anderen Seite waren die Geschädigten, wie der BGH zutreffend betonte, üblicherweise kaskoversichert. Die weitere Argumentation des BGH, daß eine zusätzliche Haftpflichtversicherung des AGB-Verwenders zu erhöhten Kosten und damit zu erhöhten Preisen führen müsse, vermag zwar nicht ganz so zu überzeugen; denn der Regreß des Kaskoversicherers kann dessen Schadensbedarf senken¹¹⁶⁾, so daß die Erhöhung der Bewachungsgebühren durch eine Ermäßigung der Kaskoprämien ausgeglichen werden. Im Be-

reich der leicht fahrlässigen Versehen von Erfüllungsgehilfen ist allerdings davon auszugehen, daß der Präventionseffekt des Regresses sehr gering gewesen wäre. Die Regreßkosten wären daher mit großer Wahrscheinlichkeit höher gewesen als der durch einen Versicherungsregreß verhütbare Schaden, zumal die Verwaltungskosten einer zusätzlichen Haftpflichtversicherung ebenfalls nicht außer Betracht gelassen werden dürfen.¹¹⁷⁾ Insgesamt war also das Gewicht der Schadensverhütung so gering und das Gewicht der Kaskoversicherung des Geschädigten sehr hoch anzusetzen, zumal bei einer vollen Haftung die Äquivalenz der Bewachungsgebühren angesichts der von Kunde zu Kunde unterschiedlich hohen Schadensrisiken nicht zu gewährleisten gewesen wäre. Gegen eine Haftung des Bewachungsunternehmens sprach – wie der BGH zutreffend erkannte – nicht die existenzbedrohende Höhe der Schadensrisiken, da die Haftung durch eine Haftpflichtversicherung hätte kalkulierbar gemacht werden können.

IV. Ergebnisse

- (1) Die Angemessenheit von Freizeichnungsklauseln sollte nicht mehr im Wege einer alle Umstände des Einzelfalls erfassenden Billigkeitsentscheidung festgestellt werden. Vielmehr ist es an der Zeit, die Zahl der maßgeblichen Kriterien zu begrenzen.
- (2) Allerdings ist es derzeit nicht möglich, das Zusammenspiel der maßgeblichen Kriterien starr festzulegen. Die maßgeblichen Kriterien sind daher in ein bewegliches System einzubringen.
- (3) Die Angemessenheit von Freizeichnungsklauseln hängt im wesentlichen vom Präventionseffekt der Haftung, der Intensität des Ausgleichsbedürfnisses des Geschädigten und der Schadenstragungsfähigkeit des Schädigers, der Verfügbarkeit, Dossierbarkeit von Versicherungen und deren Auswirkungen auf die Schadensverhütung sowie von der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung ab, wenn die Schadensrisiken von Kunde zu Kunde stark schwanken. Alle diese Elemente können verschieden stark ausgeprägt sein. Je nach Ausprägung und Kombination ist eine totale bzw. partielle Freizeichnung angemessen oder unangemessen.

111) BGH ZIP 1980, 654 = NJW 1980, 1953.

112) BGH ZIP 1980, 654, 656 = NJW 1980, 1953, 1955.

113) BGH ZIP 1980, 654, 656 = NJW 1980, 1953, 1955.

114) BGH NJW 1961, 212.

115) Siehe bei Fußn. 24. Für besonderes Präventionsbedürfnis BGH NJW 1968, 588, 590. Allerdings lag im „Auskunft“-Fall wohl ein Organisationsverschulden der Bank vor.

116) Das gesteht auch Oeynhausen, TranspR 1984, 57, 66 zu.

117) Siehe dazu oben bei Fußn. 47.